

**Hinweise zu der 4. Strafrechtsklausur „Eineiige Zwillinge“ vom 29.5. 2015****I. Vorbemerkung**

Die Aufgabenstellung fordert den Bearbeiter auf, sich in die Lage eines Gerichts zu versetzen, das in der Hauptverhandlung nach abgeschlossener Beweisaufnahme keine hinreichende Überzeugung (§ 261 StPO) von einem Sachverhalt gewonnen hat, auf dessen Grundlage eine Verurteilung wegen einer Straftat möglich wäre. „Normalerweise“ muss in einer solchen Situation nach dem Prinzip „in dubio pro reo“ entschieden und der Angeklagte freigesprochen werden. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass die erforderliche Überzeugung nur deswegen nicht zustande kommt, weil nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung die Möglichkeit eines anderen Sachverhalts im Raume steht und dieser Sachverhalt – wie der erste Sachverhalt – ein Verhalten des Angeklagten umfasst, das eine Straftat wäre. Aber hinsichtlich des zweiten Sachverhalts ist für das Gericht ebenfalls die erforderliche Überzeugung nicht erreichbar, weil dem die Möglichkeit des ersten Sachverhalts entgegensteht. Für das Gericht steht also fest, dass einer der beiden Sachverhalte zutrifft und der Angeklagte eine Straftat begangen hat. Unaufklärbar ist nur, welche der beiden alternativen Taten er begangen hat. In Fällen dieser Art wird versucht, den Freispruch des Angeklagten zu vermeiden und eine rechtliche Konstruktion anzuwenden, mit der eine Verurteilung möglich ist. Die wichtigste und bekannteste dieser Konstruktionen ist die „Wahlfeststellung“ (im Folgenden: WF). Der vorliegende Fall könnte zu einer WF passen.

Um zur Anwendung der WF zu kommen (dazu unten III.), muss man zuvor alle alternativen Sachverhalte materiell-strafrechtlich gewürdigt haben, also die sich auf der jeweiligen Sachverhaltsgrundlage ergebende Strafbarkeit geprüft haben (vgl. den „Klausurtipp“ bei *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn 1473; dazu unten II.). Die Frage 2 kann man am Ende bearbeiten (dazu unten IV.) Der Fall wurde so gebildet, weil der 2. Strafsenat des BGH im Januar 2014 eine Entscheidung – einen sog. „Anfragebeschluss“ (BGH, NStZ 2014, 392) – erlassen hat, in der er die WF für verfassungswidrig (Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG) erklärt. Erwartungsgemäß hat der Beschluss bereits zahlreiche Kommentare in der Fachliteratur inspiriert (z. B. *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 164). Es ist empfehlenswert, die BGH-Entscheidung zu lesen und auch zumindest einen Teil der Reaktionen des Schrifttums zur Kenntnis zu nehmen. Man braucht kein Prophet zu sein, um dem Thema große Examensrelevanz für die nächste Zeit vorherzusagen.

**II. Strafbarkeit des X****1. Alternative : X hat das Gemälde selbst aus dem Haus des A entwendet**

In Betracht kommen die Delikte Raub (§ 249 StGB), Diebstahl (§ 242 StGB), Nötigung (§ 240 StGB), Unterschlagung (§ 246 StGB) und Hausfriedensbruch § 123 StGB). § 223 StGB soll nicht berücksichtigt werden. Problematisch ist Raub, Diebstahl und Unterschlagung. Da der Täter von Anfang an vorhatte, das entwendete Bild dem Eigentümer A „zurückzuverkaufen“, könnte die Zueignungsabsicht (§§ 249, 242) bzw die Zueignung (§ 246) – Komponente „Enteignung“ – fehlen. Denn ein erfolgreicher Rückverkauf stünde möglicherweise der dauerhaften Enteignung und damit möglicherweise auch dem Enteignungsvorsatz entgegen. Zu diesem Problem z. B. *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2012, Rn 73,74; *Rengier* Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl. 2015, § 11 **Fall 4**, Rn 45; *NK-Kindhäuser*, § 242 Rn 101. Hier wird man aber die Zueignungsabsicht (§§ 242, 249)

und auch die Zueignung (§ 246) deswegen bejahen können, weil X es für möglich hält, dass A das Rückkaufs-Angebot ablehnt und das Gemälde daher dem A endgültig vorenthalten wird. Wenn man Raub bejaht, treten Diebstahl, Unterschlagung und Nötigung dahinter zurück. Die endgültige Konkurrenzentscheidung kann aber erst getroffen werden, wenn die Wahlfeststellungs-Problematik geklärt ist (unten III.).

## **2. Alternative : Y hat das Gemälde aus dem Haus des A entwendet und dem X übergeben**

Zu prüfen sind Hehlerei (§ 259 StGB), Geldwäsche (§ 261 StGB) und Unterschlagung (§ 246 StGB). Beihilfe zum Raub (§§ 249, 27) und Begünstigung (§ 257) kann man prüfen, kann man aber auch weglassen. Die Erfüllung der Strafbarkeitsvoraussetzungen der §§ 259, 261 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB ist unproblematisch. Dasselbe gilt für § 246 StGB, obwohl sich hier das Problem der Wiederholbarkeit der Zueignung zu stellen scheint. Das wäre tatsächlich der Fall, wenn als dritte Sachverhaltsalternative eine Beteiligung des X an beiden Taten (Entwendung des Bildes und spätere Inverwahrnehmung des Bildes) in Rechnung zu stellen wäre. Wenn also davon auszugehen wäre, dass sich X das Gemälde schon bei der Entwendung im Haus des A zugeeignet hat (z. B. X und Y haben das Bild als Mittäter entwendet), dann wäre auf die kontrovers diskutierte Frage einzugehen, ob die spätere Annahme des Bildes von Y überhaupt noch eine Zueignung sein kann. Hier aber ist davon auszugehen, dass sich X das Bild nicht bei der Entwendung im Haus des A zugeeignet hat, wenn gleichzeitig davon ausgegangen wird, dass er es von Y übergeben bekommen hat.

### **III. Verurteilung auf der Grundlage alternativer Sachverhaltsfeststellung**

Nunmehr ist auf die Möglichkeit einer Verurteilung des X durch das Gericht auf der Grundlage der unter II. gefundenen Ergebnisse einzugehen. Die Ausgangslage ist folgende:

1. Sachverhaltsalternative : §§ 249, 242, 246, 123 StGB
2. Sachverhaltsalternative : §§ 259, 261, 246 StGB

Da § 246 StGB in beiden alternativen Sachverhalten gegeben ist, handelt es sich insoweit um eine „gleichartige“ WF. Diese ist unproblematisch und wird auch in dem Beschluss des BGH, wo es um eine ungleichartige WF geht, nicht in Frage gestellt (*Schönke/Schröder/Eser/Hecker*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 1 Rn 60).

„Ungleichartige“ WF könnte im Verhältnis §§ 249/242 StGB - §§259/261 StGB in Betracht kommen. § 123 StGB scheidet von vornherein aus. Zwischen § 249 StGB einerseits und §§ 259, 261 StGB andererseits ist eine WF mangels „psychologischer und rechtsethischer Gleichwertigkeit“ nicht möglich (*Schönke/Schröder/Eser/Hecker* § 1 Rn 104). Aber man kann den Raub (§ 249) auf den Diebstahl (§ 242 StGB) reduzieren und dann im Verhältnis zwischen § 242 StGB und § 259 StGB (§ 261 tritt hinter § 259 zurück) eine WF annehmen (so BGHSt 25, 182 ff.). Dann wird allerdings § 246 StGB verdrängt. Ob die ungleichartige WF überhaupt zulässig ist, ist die abschließende Frage (dazu BGH, NStZ 2014, 392).

### **IV. Strafbarkeit des X wegen des Anrufes bei A**

Unproblematisch ist versuchte Nötigung (§§ 240 Abs. 1, Abs. 3, 22 StGB). Bei der versuchten Erpressung (§§ 253 Abs. 1, Abs. 3, 22 StGB) stellt sich das Problem, ob X dem A einen Vermögensschaden zufügen wollte. Denn das Bild ist viel mehr wert als die 100 000 Euro, die A zahlen sollte. Dazu z. B. *Trunk* JuS 1985, 944; *Schönke/Schröder/Eser/Bosch* § 253 Rn 9; *Rengier* BT I, § 11 Rn 45.

